

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La protection des données

Poullet, Yves

*Published in:*

Liber amicorum Paul Martens

*Publication date:*

2007

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 2007, La protection des données: entre libertés, droits subjectifs et intérêts légitimes. Dans *Liber amicorum Paul Martens*. Larcier , Bruxelles, p. 133-150.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La protection des données : entre libertés, droits subjectifs et intérêts légitimes

par

**Yves Poulet**

Professeur aux facultés de droit de Namur et de Liège  
Directeur du CRID des FUNDP de Namur

*« Rappelons que ce qui fonde la valeur constitutionnelle de la vie privée, ce n'est ni le droit de tricher ni le désir mondain de cacher ses richesses ou ses péchés. De tels objectifs peuvent laisser la vie privée retourner sans regret au secteur des manières. [...] Ce que le respect de la vie privée doit empêcher, c'est que l'individu ne devienne transparent aux yeux des pouvoirs publics et privés. Ce n'est pas l'indiscrétion croissante qui est inquiétante : c'est la concentration du pouvoir détenu par ceux qui les regardent »*

(P. MARTENS, « La société a-t-elle envie du secret ? »,  
in *Le secret professionnel*, D. KIGANAHE et Y. POULLET (éd.),  
La Charte, Coll. Droit en mouvement, 2001, p. 275).

1. La thèse récente de Thierry Léonard<sup>1</sup>, justement couronnée par le prix 2006 de la *Revue critique de jurisprudence belge*, approfondit trois concepts fondamentaux de tout système juridique : ceux de « droits subjectifs », de « libertés civiles » et de « d'intérêts légitimes » et entend proposer un « modèle de résolution » de leurs conflits.

La présente contribution entend, à la faveur des perspectives ouvertes par cette thèse, s'interroger sur la façon dont ces concepts sont présents dans la loi du 8 décembre 1992<sup>2</sup> relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La mise en œuvre originale des concepts que traduisent certaines dispositions de la loi permet, me semble-t-il, d'enrichir les réflexions de l'auteur cité.

<sup>1</sup> Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Collection de thèses, Bruxelles, Larcier, 2005.

<sup>2</sup> M.B., 18 mars 1993, profondément révisée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 (M.B., 3 février 1999) et par la loi du 26 février 2002 modifiant la loi du 8 décembre 1992 ... en vue d'aménager le statut et les compétences de la Commission de protection de la vie privée (M.B., 26 juin 2003).

## Les concepts de base et leurs interactions, selon la thèse de Léonard

2. Au terme d'une analyse qui ne s'épargne aucune des controverses doctrinales mais progressivement les transcende, Th. Léonard définit les trois concepts de base comme suit: «L'intérêt légitime est tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que celui-ci n'est pas considéré *a priori* par le droit objectif comme interdit car poursuivi en violation d'une règle du droit subjectif». Quant à la liberté civile, elle réside dans «le pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel il reçoit du droit objectif les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers [...]». Enfin, le droit subjectif constitue un «pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts, et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique».

3. La clarté des distinctions entre les trois concepts, qu'opèrent ces définitions, se prolonge et s'explique par les caractéristiques originales de chacun d'eux, même si, comme la thèse le proclame, l'interaction entre ces trois catégories est profonde. Ainsi, le droit subjectif s'oppose à la liberté tant par «l'attribution égalitaire des libertés non porteuses de pouvoirs exclusifs» que par «l'indétermination originelle de l'objet et du contenu des prérogatives des libertés»<sup>3</sup>. L'intérêt, dont la légitimité est parfois reconnue abstraitement *a priori* par le législateur mais doit toujours être reconnu concrètement *a posteriori* par le juge, ne «rayonne plus à l'égard des tiers, à la manière du pouvoir externe du droit subjectif mais par la reconnaissance de devoirs de respect et de prise en compte»<sup>4</sup> tant dans l'exercice par ces tiers de leurs libertés que dans l'exercice de leurs droits subjectifs<sup>5</sup>.

Ainsi, la règle de la «proportionnalité s'impose dans les conflits opposant un intérêt légitime à un droit subjectif. Elle consacre l'effet d'opposabilité prépondérant du droit subjectif pour ne permettre que de manière exceptionnelle, en cas de disproportion avérée (et manifeste) entre les intérêts (que ce droit subjectif dessert et les intérêts d'autrui lésés), le respect d'un devoir de prise en compte<sup>6</sup> de l'intérêt légitime atteint par l'exercice du droit subjectif. La disproportion précède donc l'application du critère de la

<sup>3</sup> Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 169 et s.

<sup>4</sup> Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 856.

<sup>5</sup> Selon l'auteur, c'est le sens même de la théorie de la pondération d'intérêts lorsqu'un intérêt légitime se heurte à une liberté civile et de la proportionnalité lorsqu'un intérêt légitime entre en conflit avec un droit subjectif (cas de l'abus de droit). (Cf. le tableau synthétique repris par l'auteur, p. 619).

<sup>6</sup> L'auteur conclut de même en ce qui concerne l'opposition entre une liberté et un droit subjectif. Lorsqu'il s'agit du conflit entre deux libertés, il s'agira alors de définir un système «d'équilibre» entre ces deux libertés.

faute». Quant à la pondération des intérêts, elle «se révèle dans les conflits opposant une liberté civile à un intérêt légitime qui doit prendre en considération la légitimité de l'acte posé sous le couvert de la liberté civile. Il ne pourra renverser cette légitimité de principe qu'en prouvant que le titulaire a commis une faute dans son exercice en violant un devoir de prise en compte qui se dégage au départ des circonstances de fait dont le poids spécifique accordé à son intérêt légitime violé»<sup>7</sup>.

## II. La notion de «droit à la vie privée» au regard des trois concepts

4. La lecture de la loi dite «vie privée» révèle nombre de références directes ou indirectes aux trois concepts mis en exergue. Avant de les analyser, arrêtons-nous à la notion même de «droit à la vie privée ou à la protection des données», centrale dans la loi de 1992

À cet égard, l'article 2 de la loi qui définit l'objet de la loi en référence à cette notion témoigne d'emblée de l'ambiguïté de cette notion au regard des concepts de droit subjectif et de libertés ainsi que de la difficulté de clairement les distinguer: «Lors du traitement de données à caractère personnel la concernant, toute personne physique a droit à la protection de ses libertés et droits fondamentaux notamment à la protection de la vie privée»<sup>8</sup>. D'emblée, la loi précise que dans le cadre particulier des traitements de données à caractère personnel, elle accorde un droit à la protection des libertés et droits fondamentaux sans en exclure aucun mais en spécifiant parmi celles et ceux-ci, le droit particulier à la protection de la vie privée<sup>9</sup>.

Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 864.

La formulation de la loi belge peut être comparée à celle de la directive 95/46/CE: «Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée» (art. 1.1.) et à celle de la convention n° 108 du Conseil de l'Europe: «Le but de la présente Convention est de garantir, [...] le respect des droits et de ses libertés fondamentales et notamment de son droit à la vie privée».

La loi de 1992 reprend le texte de l'article 1 de la directive européenne 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31 et s., mais y ajoute la notion de «droit à la protection», non utilisée par le texte européen: «Les États membres assurent conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel». La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du 28 janvier 1981 et approuvée par la loi belge du 17 juin 1991 (M.B., 30 décembre 1993), que traduisent les textes européen et belge cités, ne fait pas non plus référence à un droit à la protection: «Le but de la présente Convention est de garantir, [...], à toute personne physique, [...], le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant (protection des données)».

Peut-on dès lors affirmer que la loi de 1992 établit un droit subjectif à la protection des libertés, droit à la protection de toutes ses libertés et ses droits fondamentaux<sup>10</sup> parmi lesquels figurerait la vie privée? On s'étonne de l'ampleur de la loi qui entend couvrir la protection de l'ensemble des «droits» et «libertés» affirmées par la Constitution et, au-delà par la Convention européenne des droits de l'homme. Par là, la loi se détache ainsi du cadre du seul «droit» à la vie privée auquel l'opinion publique la rattache souvent, parlant de la loi «Vie privée» et que l'article 8 de la Convention européenne et l'article 22 de la Constitution consacrent.

5. Bref, avant d'analyser les autres dispositions, cherchons à répondre aux questions suivantes. Faut-il parler à propos des «droits de l'homme», de «droits subjectifs» ou de «libertés» et dans quelle mesure le législateur de 1992 peut-il parler à propos d'un droit subjectif à la protection des libertés et de la vie privée? La vie privée est-elle elle-même un droit subjectif ou une liberté? Comment concevoir les rapports entre «vie privée» et autres libertés et droits fondamentaux? Enfin, si l'article 2 évoque l'attribution de droits subjectifs nouveaux! De quels droits s'agit-il et de quelle nature sont-ils?

La réponse à ces questions mérite deux détours: le premier a trait à cette notion indéfinissable qu'est la vie privée<sup>11</sup>; le second, à l'incidence particulière qu'ont les technologies de l'information et de la communication sur nos libertés et qui justifie le droit nouveau à la protection des données qu'affirmait récemment l'article 8 de la Charte européenne des droits de l'Homme

#### § 1<sup>er</sup>. Premier détour:

#### La vie privée: un «droit» ou une «liberté» parmi d'autres?<sup>12</sup>

6. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit de l'individu à la protection de la vie privée et familiale comme de sa correspondance. Indiscutablement, la disposition laisse concevoir la vie privée comme le «droit d'être laissé seul<sup>13</sup>», lié au droit à l'intimité des personnes. Celui de ne pas voir révélées des informations liées à sa «sphère

<sup>10</sup> Notons au passage qu'à suivre à la lettre le texte belge, l'individu a donc «droit» à la protection de ses «droits».

<sup>11</sup> Sur le caractère indéfinissable de la notion de vie privée, lire entre autres J. VELU et R. ERGEC, «Convention européenne des droits de l'Homme», *R.P.D.B.*, n° 652 et les références y citées: «la vie privée se sent plus qu'elle se définit». Dans la littérature américaine, J.J. THOMSON, «The Right to Privacy», in SCHOEMAN (éd.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, New York: «Nobody seems to have any clear idea what it is». T. GERETY, «Redefining Privacy», 12 *Harv. C.R.CL. Law Rev.*, 1977, p. 234: «Privacy has a protean capacity to be all things for lawyers».

<sup>12</sup> Pour reprendre l'expression de l'ouvrage de F. RIGAUX (*La vie privée. Une liberté parmi les autres*, Bruxelles, Larcier, 1992).

<sup>13</sup> Le fameux «Right to be left alone» défendu par S. WARREN et L. BRANDEIS dans leur fameux article: «The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Rev.*, p. 193 (1890).

privée», qu'elle soit physique: le domicile familial, ou qu'elle soit l'expression d'une relation à autrui, le secret de la correspondance<sup>14</sup>.

La vie privée apparaît ainsi comme un concept vague, à contenu indéterminé, qui ne peut se définir que de manière négative et souple. Il s'agit d'informations, certes mais, au-delà, d'abord de lieux (le domicile) et de relations d'un type particulier (l'espace familial et la correspondance) dont la révélation à des tiers ou la mise sur la scène publique priveraient l'individu de l'espace suffisant pour pouvoir exprimer et forger sa propre personnalité et exercer ses libertés fondamentales. En d'autres termes, cette première génération de réglementation consacre la vie privée non comme une liberté en soi mais comme le minimum nécessaire à la protection de la dignité humaine et à l'exercice de libertés essentielles. Ce minimum varie et s'approfondit dans le temps. La vie privée est éminemment liée à des considérations culturelles et liée de ce fait à des valeurs changeantes et contingentes<sup>15</sup>. Ainsi, on peut lire sous la plume du tribunal constitutionnel espagnol<sup>16</sup>: «Une exposition prolongée à des niveaux déterminés de bruits qui, objectivement, sont inévitables et insupportables, mérite de tomber sous le coup de la protection du droit à l'intimité personnelle et familiale, dans le cadre du domicile, dans la mesure où ils empêchent ou rendent particulièrement difficile le libre développement de la personnalité [...]». La vie privée s'élargit ainsi au «droit à l'épanouissement» dans un environnement sain. Ce droit à l'épanouissement<sup>17</sup> interdit par ailleurs de limiter la vie privée «à un cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables<sup>18</sup>.

Rappelée abondamment à propos des récents débats parlementaires à propos de l'adoption par les couples homosexuels<sup>19</sup>, la vie privée se

<sup>14</sup> À ce propos, la Recommandation 428 (1970) du Comité d'experts du Conseil de l'Europe portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, *Annales de la Conv.*, vol. 13, 1970, p. 65.

<sup>15</sup> Sur cette évolutivité certaine du concept et son caractère essentiel, lire entre autres, L. BURGOUE-LARSEN, «L'appréhension constitutionnelle de la vie privée de l'Europe», in *Le droit à la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, F. SUDRE (éd.), Collection Droit et Justice, n° 63, Bruylant, Nemesi, 2005, p. 72.

<sup>16</sup> Trib. Const., 24 mai 2001, n° 118/1001. Mêmes réflexions de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires *Guerra* et surtout *Moreno Gomez* (arrêt du 16 novembre 2004) cette fois à propos d'industries polluantes. Sur ces affaires, J.-P. MARGUENAUD, «De l'identité à l'épanouissement», in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 220 et s.

<sup>17</sup> Sur cette évolution, O. DE SCHUTTER, «La vie privée entre droit de la personnalité et liberté», *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 827 et s.

<sup>18</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Niemetz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29: il s'agissait dans cette décision des relations de travail.

<sup>19</sup> Voir les longs développements du Conseil d'État à cet égard, développements en écho aux discussions parlementaires sur l'existence d'un droit des couples homosexuels à adopter, droit déduit de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme repris in *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51-0393/002, p. 40 et s.

construit, progressivement mais de manière certaine comme un « droit à l'autodétermination »<sup>20</sup>, c'est-à-dire la possibilité pour l'individu de rechercher par les relations qu'il entretient avec autrui, les conditions d'un épanouissement que le seul retrait sur l'espace privé ne suffit pas à satisfaire<sup>21</sup>. La « vie privée-intimité » se double d'une « vie privée-autonomie », les deux concepts étant conçus comme tous deux nécessaires à l'épanouissement de chacun<sup>22</sup>.

7. À ce stade, deux réflexions complémentaires s'imposent :

- ce « droit » à la vie privée auquel il est fait référence ne fonctionne pas comme un droit subjectif mais plutôt comme une liberté au sens de la thèse de Léonard, c'est-à-dire une prérogative indéterminée que toute personne peut faire valoir vis-à-vis de quiconque et de l'État en particulier. L'exercice de cette prérogative amène le tribunal saisi à vérifier au vu des circonstances si l'intérêt avancé par la personne plaignante relève bien de cette « sphère » indispensable à l'épanouissement de l'Homme, en d'autres termes de ses libertés essentielles<sup>23</sup> et, le cas échéant, à vérifier les conditions d'applicabilité de l'article 8.2., qui permet à l'État de faire prévaloir d'autres intérêts. « La "privacy" serait ici simplement ce que l'individu fait de la liberté qui lui est reconnue. Elle n'est pas définissable *a priori*; sa portée n'apparaît qu'à travers les conflits que suscite son exer-

cice, c'est-à-dire qu'elle n'est appréhendée par le droit que dans un cadre contextualisé »<sup>24</sup>.

- cette liberté essentielle que cherche à proclamer la revendication sans cesse étendue au respect de la vie privée n'est-elle pas la condition de toutes les autres libertés : celle de s'exprimer, celle de choisir son enseignement, celle de s'associer, etc. ? En d'autres termes, le « droit à l'autodétermination » ne se confond-il pas avec la liberté tout court<sup>25</sup> et n'apparaît-il pas comme le substrat indispensable au développement de l'ensemble des autres libertés ?

8. Ainsi, au terme de cette brève analyse, on peut s'interroger sur la nécessité de reformuler l'article 2 déjà cité de notre loi, lorsqu'il affirme le droit à la protection de ses libertés et droits fondamentaux, notamment à la protection de la vie privée. La protection de la vie privée n'est-elle pas, dans la conception extensive : « vie privée-autonomie », la condition du respect des autres libertés et droits fondamentaux.

## § 2. Second détour :

### De la « vie privée » à la « protection des données »

9. Il est piquant de noter que les technologies, en particulier celle de la photographie, ont été le point de départ de la réflexion sur la vie privée<sup>26</sup>. Les technologies du traitement de l'information combinées désormais avec celle de sa communication expliquent qu'au-delà de la simple proclamation

<sup>20</sup> Les expressions américaine « *Right to self-determination* » ou allemande « *Selbstbestimmungsrecht* » sont semblables. Elles sont largement développées en droit constitutionnel américain (lire en particulier, D.J. SOLOVE, « A Taxonomy of Privacy », in *George Washington University Public Law Research Paper*, n° 129, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=667622>), allemand (cf. le fameux arrêt du tribunal constitutionnel allemand du 15 décembre 1983 à propos d'un recensement (*BverfGE*, 65, 1) qui consacre « le pouvoir reconnu à l'individu et résultant de la notion d'autodétermination, de décider en premier lieu lui-même quand et dans quelle mesure des faits relatifs à sa propre existence sont divulgués » ou espagnol (cf. le droit à l'autodétermination informative affirmé par le tribunal constitutionnel espagnol et ses arrêts du 30 novembre 2000 (n° 290 et 292)). Dans son rapport introductif au colloque de Montpellier : « Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », F. SUDRE écrit : « La notion d'autonomie personnelle semble érigée en principe matriciel du droit garanti par l'article 8 et l'on est alors tenté de penser que la jurisprudence européenne a franchi le pas, du "droit d'être laissé seul" au droit à l'autodétermination. On aurait tort, toutefois, de croire que la jurisprudence est stabilisée, la confusion terminologique qui règne en la matière témoignant d'incontestables tâtonnements ».

<sup>21</sup> O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 859 et les nombreuses références à la doctrine américaine et du Conseil de l'Europe.

<sup>22</sup> À cet égard, les éclairantes conclusions de M.-Th. MEULDERS-KLEIN (« L'irrésistible ascension de la "vie privée" au sein des droits de l'Homme, Synthèse et conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du Colloque des 26 et 27 novembre 2004, Montpellier, F. SUDRE (éd.), Bruylant, Coll. Droit et justice n° 63, p. 320 et s.

<sup>23</sup> Voir à cet égard, S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, La Haye, Rathenau Instituut, juin 1998, p. 51 et s.

<sup>24</sup> C'est par ces mots que DE SCHUTTER (art. cité, p. 839) résume la position de RIGAUX (*La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 120 et s.) et GUTWIRTH, *op. cit.*

Dans le même sens, les réflexions de D.J. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », 90 *California Law Rev.*, (2002), 1087 et s., en particulier, p. 1154 : « A bottom-up contextualized approach toward conceptualizing privacy will prove quite fruitful in today's world of rapidly changing technologies [...] I critique attempts to locate an overarching conception of Privacy. Contextualizing privacy in particular contexts is an essential step in grappling with legal and policy problems.

Then the issue of how we conceptualize privacy is of paramount importance for the Information Age, for we are dealing with a number of complex privacy problems, causing great disruption to numerous important practices of high social values ».

<sup>25</sup> Cf. déjà, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 684 et plus récemment, M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (éd.), p. 308 : « C'est-à-dire une liberté, mais une liberté différente par rapport aux autres libertés publiques en ce qu'elle concerne exclusivement chaque individu dans sa subjectivité et sa singularité propres ». La question du caractère premier de la vie privée-autonomie par rapport à l'ensemble des autres libertés est posée par H. BURKERT (« Dualities of Privacy – An Introduction to "Personal Data Protection and Fundamental Rights" », in *Visions of Privacy*, M.V. PEREZ and R. PALAZZI (éd.), Bruylant, 2006, à paraître).

<sup>26</sup> Comme le note D.J. SOLOVE (*The Digital person, Technology and Privacy in an Information Age*, New York University Press, 2004, p. 57 et s.). L'article de WARREN et BRANDEIS part de la constatation des risques d'intrusion dans l'intimité des personnes causés par les premiers appareils photographiques portables.

de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme l'efflorescence depuis 1970 de textes internationaux et nationaux protégeant la vie privée de manière plus précise et en fonction des risques d'atteinte particuliers à ces technologies.

Les premières législations se sont focalisées sur les risques d'atteinte à la vie privée-intimité. Sans doute, l'évolution de ces technologies crée-t-elle un risque d'atteinte à l'intimité sans commune mesure avec celui des méthodes de surveillance envisagées dans les années 1950 et sans doute, les premières législations de protection des données étaient-elles focalisées sur les risques d'atteinte à l'intimité des personnes et sur les dangers d'une surveillance des individus. La référence exclusive à la vie privée et l'importance des données sensibles dans les premières législations traduisent leur filiation avec l'article 8 de la Convention européenne.

10. Progressivement, il est cependant constaté que les technologies de l'information et de la communication accentuent le déséquilibre d'informations entre les personnes concernées et les responsables des traitements. Ces technologies menacent dès lors non seulement l'intimité mais l'ensemble des libertés, ainsi, la liberté d'obtenir un crédit, un logement, celle de se déplacer, etc. ? Dans le même temps, elles engendrent un risque important de discrimination en cas d'utilisation de données personnelles inexactes et surtout disproportionnées. Il s'agit donc et c'est le mérite de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe<sup>27</sup>, d'élargir<sup>28</sup> le débat dans deux directions. La première est d'instituer, en vue de la protection des données à caractère personnel, certaines restrictions à l'utilisation de celles-ci, de créer des obligations administratives et de sécurité à charge de ceux qui traitent des données à caractère personnel, en d'autres termes de restreindre la liberté des responsables de traitement, entreprises ou associations, en particulier leur liberté d'entreprendre ou d'association, de même que les prérogatives d'intérêt général de l'État ; la seconde est de reconnaître à la personne concernée par le traitement de ses données des droits nouveaux qui lui garantissent un certain contrôle de la circulation des données la concernant et de leur qualité.

<sup>27</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg, approuvée par la loi du 17 juin 1991, M.B., 30 décembre 1991.

<sup>28</sup> Cet élargissement s'explique par la règle d'interprétation dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme, de même que par celle dite du « *one way street* », qui veut que l'interprétation de la Convention ne peut aller dans le sens d'un renforcement des libertés. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg invite à veiller à l'effectivité des droits et libertés consacrés par la Convention, droits et libertés qui « ne peuvent rester théoriques et illusoirs ». (Sur ces règles d'interprétation dont l'auteur note qu'elles ont été en particulier de mise à propos de l'article 8 de la Convention européenne, lire R. LAWSON, « Life after Bankovic – On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights », *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, F. COOMANS and M. KAMMINGA (éds), Intersentia, 2004, pp. 83-123).

Cet élargissement s'explique par les « obligations positives »<sup>29</sup>, mises à charge du Conseil de l'Europe comme des parties à la Convention, d'interpréter « de manière constructive » les libertés consacrées par la Convention, en particulier la protection de la vie privée, de manière à rendre effective cette protection dans un contexte technologique mouvant<sup>30</sup>.

11. La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et la directive européenne de 1995<sup>31</sup>, que notre loi belge transpose, déplace ainsi progressivement la réflexion initialement centrée sur la vie privée-intimité. C'est dorénavant tant de la vie privée-intimité que de la vie privée-autonomie que ces législations se préoccupent, en mettant en place un régime juridique global relatif au traitement des données à caractère personnel, comme condition même de l'épanouissement de l'ensemble de nos libertés dans une société de l'information<sup>32</sup>.

À cet égard, que dire de cette distinction qu'opèrent les articles 7 et 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux adoptée en 2000 à Nice<sup>33</sup> et destinée à s'intégrer dans la Constitution européenne espérée mais loin d'être acquise.

Si l'article 7 évoque, dans le respect strict des termes de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, l'article 8 de la

<sup>29</sup> On rappellera que cette théorie des obligations positives engendrées par les prescrits de la Convention européenne a été dégagée par la jurisprudence de Strasbourg à partir de l'arrêt *Marckx*, 13 juin 1979), qui mettait en cause l'État belge. Sur ce point, lire F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 363 et s.. On note que l'« effet horizontal » des dispositions de la Convention des droits de l'homme, qui consacre l'extension de la protection de la vie privée aux relations interindividuelles, c'est-à-dire dans les relations entre personnes privées n'est qu'une conséquence de cette obligation positive des États de protéger la vie privée de manière effective, c'est-à-dire tant vis-à-vis des atteintes de l'État mais également vis-à-vis des atteintes avérées de personnes privées (les entreprises, en particulier) à la vie privée d'individus.

<sup>30</sup> À ce propos, le rapport introductif de F. SUDRE, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Coll. Droit et Justice, n° 63, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2005, p. 29.

<sup>31</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, J.O.C.E., n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31 et s.

<sup>32</sup> Nous nous interrogeons par ailleurs sur la question de savoir si dans le cadre des nouveaux développements de la technologie de l'information et de la communication, en particulier des applications permises par l'Internet, réseau global et interactif, de même que par la nouvelle génération de terminaux (*Radio Frequency Identifier*), une troisième génération de législation de protection des données n'est pas nécessaire, allant au-delà de la seule protection des données à caractère personnel. Sur ce point, Y. POULLET, « Pour une troisième génération de réglementation de protection des données », *Actes de la Conférence internationale des commissaires à la protection des données*, Montreux, septembre 2005.

<sup>33</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, Déclaration 2000/C 364/01.

Charte<sup>34</sup> énonce le droit à la protection des données à caractère personnel, épingle les limitations au traitement en même temps que les droits subjectifs essentiels de la personne concernée et souligne le rôle de l'autorité indépendante dans le contrôle du respect de ces règles. Le rôle joué par l'autorité de protection des données<sup>35</sup> est en effet central dans ce débat entre libertés ou entre libertés et intérêt général. Il s'agit, à l'occasion d'un traitement particulier, de mettre en balance deux catégories d'intérêts et libertés : ceux mis en cause, d'une part et ceux poursuivis, d'autre part, afin de déterminer lesquels ou lesquelles doivent prévaloir. Cette mise en balance peut conduire à une remise en cause de l'existence même du traitement ou, de manière plus limitée, de son contenu.

12. En conclusion, on conçoit l'intérêt de cette consécration quasi constitutionnelle du « droit à la protection des données » comme principe distinct du « droit au respect de la vie privée » mais on ne peut oublier que le « droit » constitutionnel nouveau s'enracine dans l'ancien et surtout entend donner à ce dernier sa pleine effectivité en même temps qu'il reconnaît la nécessité de son élargissement eu égard aux risques nouveaux portés à l'épanouissement de l'individu dans une société où la maîtrise de l'information par certains remet en cause la dignité et les chances d'épanouissement d'autrui. Ainsi, il est clair que les limites posées par l'article 8, alinéa 2 ou plus strictement encore par l'article 22 de notre Constitution<sup>36</sup> en ce qui concerne la protection de la vie privée sont d'application à ce « droit » nouveau. La protection des données devient la condition même de l'épanouissement de nos libertés et droits fondamentaux dans une société devenue « Société de l'information ».

La « protection des données » désigne donc un régime juridique mis en place de manière à assurer la liberté de chacun de s'épanouir dans notre société de l'information et de ne pas voir compromis l'ensemble des autres droits et libertés mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, comment peut-on concevoir le respect de la liberté d'ex-

<sup>34</sup> L'article 8 de la Charte se lit comme suit :

« *Protection des données à caractère personnel*

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ;
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité compétente. »

<sup>35</sup> Chez nous, la Commission belge de protection de la vie privée...

<sup>36</sup> Outre les exigences mises par l'article 8, alinéa 2 de la Convention européenne et la jurisprudence à cet égard, l'article 22 exige en son alinéa 2 l'existence d'une loi au sens formel, c'est-à-dire d'une disposition législative fédérale, régionale ou communautaire pour justifier d'une limitation à la vie privée. Sur ce point, nos réflexions et les références à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, voir D. DE ROY, C. DE TERWANGNE et Y. POULLET, « La Convention européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique, *Rev. fac. dr. ULB*, à paraître.

pression si chacune de nos communications électroniques se voit écoutée, notre droit à un procès équitable si le pouvoir judiciaire dispose d'un accès complet à notre passé judiciaire et à l'ensemble des données détenues par l'État, peut-on imaginer l'accès libre au logement, à l'assurance, à l'emploi si certaines bases de données préviennent, sans garanties aucunes, et *a priori* les propriétaires, les assureurs, les employeurs de notre « indignité » ?

Notre propos est d'analyser plus avant ce régime et de montrer là également l'importance des concepts dégagés par la thèse citée en exergue.

### III. Du régime de la protection des données : du rôle de l'intérêt légitime et de l'affirmation des « droits subjectifs de protection »

13. La lecture des dispositions de la loi de 1992 témoigne de l'importance jouée tant par la notion d'intérêt légitime que par la consécration de droits subjectifs nouveaux dans les équilibres mis en place par le régime de la protection des données

#### § 1<sup>er</sup>. Intérêts et libertés

14. La notion d'intérêts est omniprésente à l'article 5 de la loi lorsque, parmi les conditions nécessaires de légitimité d'un traitement, la loi énumère divers intérêts que peut poursuivre le traitement pour le justifier : « l'intérêt vital de la personne concernée », « la mission d'intérêt public » et, surtout au point f) « la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentales de la personne concernée qui peut prétendre à une protection ».

À y regarder de plus près, même si les trois premières conditions de légitimité posées par l'article 5 ne se réfèrent pas explicitement à la notion d'intérêt, cette dernière y est cependant implicitement présente : l'exécution d'un contrat ou d'une obligation légale constitue également un intérêt qui se comprend d'autant plus facilement qu'il s'appuie sur des obligations juridiquement exigibles de la part de celui qui traite les données. Enfin, du consentement informé, libre et spécifique, première condition de légitimité du traitement citée par l'article 5, on peut inférer que la personne concernée a opéré elle-même la balance d'intérêts à laquelle se réfère l'article 5 f).

Bref, les intérêts légitimes que spécifie l'article 5 constituent des conditions nécessaires mais non suffisantes<sup>37</sup> de l'exercice par le responsable du

<sup>37</sup> Comp. avec la réflexion de LÉONARD (*op. cit.*, p. 285) qui note à la suite de OST : « Qu'en règle générale, l'intérêt légitime n'est pas défini par une règle de droit : "Le droit subjectif ne définit ni ne consacre à proprement parler l'intérêt légitime, au sens concret du terme, compris comme l'avantage recherché in concreto par son titulaire" ».

traitement, tantôt de sa liberté d'entreprendre ou d'association, tantôt de l'intérêt général.

15. À cet égard, la loi du 8 décembre 1992 est remarquable. Dans la mesure où, eu égard aux risques engendrés par les traitements de données pour l'épanouissement des libertés des individus, le législateur détermine, *a priori* et de manière relativement précise, les « finalités » ou, en d'autres termes, les intérêts légitimes que doit poursuivre la liberté d'entreprendre<sup>38</sup>.

Certes, c'est, au premier chef au responsable du traitement, d'apprécier au regard des spécificités du traitement qu'il entend mettre en place si l'intérêt qu'il poursuit rentre dans une des catégories « permissives » de sa liberté et ce n'est que dans un second temps que la personne concernée contestera cette appréciation subjective de la personne concernée et laissera aux autorités judiciaires ou administratives voire à la Commission de protection de la vie privée, le soin de trancher en définitive. Ces autorités décideront le plus souvent *in abstracto*<sup>39</sup>, c'est-à-dire qu'à partir des caractéristiques spécifiques du traitement mis en cause, elles prendront en compte les intérêts en jeu non des personnes en particulier à la base de la contestation mais, au-delà, des catégories de personnes affectées ou susceptibles d'être affectées par ce traitement. Exceptionnellement, comme le prévoit l'article 12 § 1 alinéa 2, elles peuvent se prononcer *in concreto*. Ce dernier article stipule en effet que : « Toute personne a en outre le droit<sup>40</sup> de s'opposer

<sup>38</sup> Ainsi, contrairement à l'opinion de DE SCHUTTER (« La vie privée entre droit de la personnalité et libertés », *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 843), la liberté peut être soumise à des restrictions quant aux intérêts qu'elle poursuit. Sans doute, est-ce bien plus évident en ce qui concerne la liberté d'entreprendre qu'en ce qui concerne d'autres libertés ! On note cependant que la loi sur le traitement des données à caractère personnel entraîne des limitations à d'autres libertés (ainsi à la liberté d'expression même si dans ce cas-là, suivant l'article 9 de la directive 95/46/CE un équilibre entre la liberté d'expression et la vie privée doit être trouvée. Par ailleurs, d'autres obligations administratives (obligation de déclaration du traitement) ou de sécurité des traitements et des obligations nées de l'opposabilité des droits subjectifs de la personne concernée (droit d'accès, à l'information, etc.) se voient imposées par la loi de 1992 à celui qui, dans le cadre de sa liberté d'entreprendre traite des données à caractère personnel.

<sup>39</sup> Ainsi, la Commission de protection de la vie privée a pu affirmer à propos des traitements mis en place par DATASSUR, que l'intérêt des assureurs de se prémunir contre les risques liés à certaines catégories d'assurés n'est pas proportionné au regard des caractéristiques de ces traitements, de leur contenu et de leur mode de fonctionnement vis-à-vis de l'atteinte portée à la liberté des assurés de pouvoir trouver une assurance. La balance d'intérêts à laquelle procède la Commission est bien abstraite. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le cas particulier des intérêts d'un assuré mais de s'interroger sur ceux de la classe d'assurés à laquelle le cas particulier renvoie en tenant compte des spécificités du traitement. Ajoutons qu'en l'occurrence, les juges ont cependant remis en cause la balance opérée par la Commission pour donner raison aux assureurs (sur l'affaire DATASSUR, nos réflexions in Y. POULLET et alii, « Droit de l'informatique et des technologies de l'information, Chronique de jurisprudence (1995-2001) », *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, n° 41, Larcier, 2003, p. 149 et s.).

<sup>40</sup> Peut-on parler ici de l'exercice d'un droit subjectif ? Cela m'apparaît difficile dans la mesure où la personne concernée ne peut voir ce soi-disant droit, en réalité cet intérêt reconnu qu'après une mise en balance concrète des intérêts en présence. Autre chose, est l'hypothèse du « droit d'opposition » en matière de marketing direct. L'article 12, alinéa 3

pour des raisons sérieuses et légitimes, tenant à une situation particulière, à ce que des données fassent l'objet d'un traitement [...] ». On note que dans ce cas-là, la légitimité du traitement n'est pas remise en cause mais bien, eu égard à la situation concrète de la personne concernée. C'est plutôt le traitement de la ou des données relatives à cette personne qui est jugé interdit.

On note que ce débat entre intérêts et libertés se résout, selon les prescrits de la loi de 1992, soit par une responsabilité civile de droit commun légèrement aménagée<sup>41</sup>, soit par une action dite « comme en référé »<sup>42</sup>.

## § 2. Intérêts et droits subjectifs

16. Les législations de protection des données créent de nouveaux droits subjectifs au bénéfice de la personne concernée afin d'assurer pour ces derniers une certaine maîtrise de la circulation des données à caractère personnel les concernant, en d'autres termes de leur « image informationnelle »<sup>43</sup>. Comment comprendre autrement la consécration des droits nouveaux : droit d'être informé, droit d'accès, droit de rectification, voire droit d'opposition au traitement. Il s'agit bien, selon la définition donnée par Léonard, de « pouvoirs spécifiques et exclusifs distribués sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts, et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique ». La reconnaissance de ces droits subjectifs apparaît comme une condition de l'existence même des libertés de la personne concernée, mises en péril par une circulation incontrôlée de son image informationnelle. Ces droits subjectifs permettent à la personne concernée de contrôler la circulation de ses données et d'apprécier les raisons de son utilisation. Cette connaissance l'autorise à faire valoir ses libertés devant le responsable du traitement, le juge ou l'autorité de protection des données et d'opposer celles-ci aux libertés ou à l'intérêt qui fondent le traitement opéré par ce responsable.

17. De quel type de droits subjectifs s'agit-il ? Dans sa thèse publiée en 1982 sur « *Le sujet de droit en son corps – une mise à l'épreuve du droit subjectif* »<sup>44</sup>, X. Dijon évoque à propos du « droit à l'image » – et les données à caractère personnel ne sont-elles pas autre chose que l'image informationnelle du sujet ? – l'ambiguïté fondamentale de ce droit subjectif, à la fois perçu comme « propriété » et comme « défense d'une liberté ». Les

prévoit en effet que ce droit s'exerce sans justification aucune et l'emporte en tout état de cause sur la liberté de l'entreprise de marketing.

<sup>41</sup> ... dans la mesure où suivant l'article la preuve de la faute n'est pas nécessaire et la responsabilité se déduit du simple lien entre le dommage et la *contrariété* aux dispositions de la loi.

<sup>42</sup> ... comme l'a créée l'article 14 de la loi de 1992.

<sup>43</sup> *Supra*, n° 10.

<sup>44</sup> X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps – Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Thèse, 1982.



réflexions de cet auteur nous apparaissent devoir s'appliquer ici également lorsqu'il s'agit d'expliquer la relation entre la personne et ses données à caractère personnel, telle que consacrée par le régime légal de protection des données.

Ainsi, à la suite de Fougerol<sup>45</sup>, X. Dijon note que « c'est dans la notion de liberté individuelle plus que dans celle de propriété<sup>46</sup> que l'on peut trouver l'origine du droit de chacun sur l'image de sa personne ». Cette liberté, c'est-à-dire, cette autodétermination, cette possibilité de chacun de livrer ou non son image, se double, pour que sa protection soit effective, de la reconnaissance d'un véritable droit subjectif, le droit d'interdire à quiconque l'utilisation de mon image sans autorisation<sup>47</sup>. Par ailleurs, ce droit subjectif, et c'est l'essence même du droit subjectif, s'impose<sup>48</sup> sans que le mécanisme compliqué de la responsabilité soit nécessaire pour mettre en cause celui qui n'a pas respecté ce droit<sup>49</sup>.

Le même raisonnement vaut, nous semble-t-il, en matière de protection des données. Sans doute, les droits subjectifs reconnus à la personne concernée qui souhaite protéger son image informationnelle sont moindres qu'en matière d'image tout court, tant l'intérêt de ceux qui traitent les données nominatives apparaît plus évident et renvoie au droit d'autorisation : le consentement uniquement en dernier recours<sup>50</sup>. Il s'agit cependant de la même philosophie, à savoir au-delà de la reconnaissance de droits subjectifs dits de protection et de ce fait incessibles, intransmissibles et

inviolables<sup>51</sup>, d'assurer les moyens de garantir les libertés fondamentales du citoyen.

18. Cette reconnaissance de droits subjectifs au-delà de la consécration des libertés qui les fondent, en particulier de respect de la vie privée, apparaît comme une conséquence de la jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, depuis l'affaire linguistique belge, le fameux arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, affirme l'existence d'une obligation positive qui pèse sur les États d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les libertés que l'individu tient de la Convention<sup>52</sup>. « La Convention (n')a(-t-elle) pas pour rôle et son interprétation pour objet de rendre efficace la protection de l'individu ! »

Cette obligation positive de l'État née d'une interprétation dynamique de la Convention afin d'assurer l'effectivité des libertés justifie amplement au-delà de l'élargissement de la protection de la vie privée vers la protection des données<sup>53</sup>, la création de ces droits subjectifs nouveaux.

19. Ces droits sont opposables à quiconque traite des données à caractère personnel sauf les exceptions prévues par la loi. À cet égard, on note que la directive 95/46 permettait sans que le législateur belge ne le suive pour autant, que certains intérêts puissent être opposés à ces droits subjectifs. En particulier, la directive mentionne l'intérêt économique et financier d'un État membre ou de l'Union européenne et la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui. Le Conseil d'État belge s'est opposé à la reprise telle quelle de ces exceptions dans la mesure où elles ne recevraient pas, dans la loi de transposition, de spécifications. Sans doute, peut-on le regretter ? Il aurait permis, dans des cas exceptionnels et sur base d'intérêts concrets<sup>54</sup>, une pondération d'intérêts susceptibles de remettre en cause le droit subjectif de la personne concernée<sup>55</sup>.

<sup>45</sup> H. FOUGEROL, *La figure humaine et le droit*, Thèse, Paris, 1913, p. 27.

<sup>46</sup> « C'est également dans le sens d'une meilleure protection de l'image du sujet que l'on est passé du concept de liberté à celui de droit : l'indétermination – caractéristique de la liberté en son aspect négatif – se précise en un droit déterminé qui sera mieux défendu » (X. DIJON, *op. cit.*, pp. 286 et 287).

<sup>47</sup> C'est ainsi qu'est fondée l'obligation de recourir au consentement de la personne, lorsqu'il s'agit d'utiliser l'image d'autrui.

<sup>48</sup> Cf. le modèle d'imposition développé par Th. LÉONARD qui distingue sur ce point l'opposabilité du droit subjectif aux tiers de la mise en cause de la responsabilité de ceux qui portent atteinte aux libertés civiles.

<sup>49</sup> Sur ce point, lire X. DIJON, *op. cit.*, pp. 288 et 289 : « Tout se passe comme si le sujet, ne pouvant se satisfaire des règles objectives de la responsabilité, règles protectrices d'une liberté par définition indéterminée réclamait une meilleure protection de lui-même et voulait étendre ses moyens de défense [...]. Est-ce, [...], le redoutable perfectionnement technique de l'intrusion photographique ou le succès commercial des publications spécialisées dans l'indiscrétion qui lui ont fait pressentir une menace grandissante à son égard ? [...] Le droit subjectif devait être établi pour pouvoir remédier aux insuffisances de cette protection. Il n'y aurait, alors, plus de préjudice à établir, et de faute à prouver : la seule atteinte au droit serait sanctionnée par le juge ».

<sup>50</sup> Si le régime juridique en matière de protection des données prévoit aussi le consentement comme une des conditions de légitimité de l'utilisation des données à caractère personnel, on ajoute que pour certaines de ces données, il peut constituer quasiment la seule condition ; voir à cet égard le régime des données sensibles, données raciales, religieuses, politiques, (...) visées par l'article 6 de la loi de 1992 ou des données de trafic ou de localisation visées par les articles 4 et 6 de la directive 2002/58 du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, J.O.C.E., n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37 et s.

<sup>51</sup> On note à cet égard, la disposition de l'article 39 6° de la loi de 1992, disposition insérée par la loi du 8 août 1997 : « Quiconque, pour contraindre une personne à lui communiquer les renseignements obtenus par l'exercice du droit consacré par l'article 10, § 1 ou à donner son autorisation au traitement de données à caractère personnel la concernant, a créé à son égard des voies de fait, de violences ou menaces, de dons ou de promesses, [...] est puni d'une amende de cent francs à cent mille francs ».

<sup>52</sup> Sur cette obligation positive de l'État, lire le remarquable article de F. SUDRE, « Les obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 363 et s.

<sup>53</sup> Sur ce point, *supra*, n° 10.

<sup>54</sup> Ainsi, le médecin refusera-t-il l'accès d'un patient à une partie d'un dossier médical qui révélerait des données relatives à des parents voire à des tiers.

<sup>55</sup> Th. LÉONARD parle en ce sens de « l'effet subversif » de l'intérêt « limitant parfois les pouvoirs contenus dans les qualifications de droits subjectifs et de liberté civile » (Th. LÉONARD, *op. cit.*, p. 856).

### § 3. Conflit de deux libertés individuelles : liberté d'expression vs vie privée

20. Ainsi la protection des données à caractère personnel entend protéger les libertés individuelles ; il se peut qu'elles entrent en conflit cependant avec d'autres libertés revendiquées par autrui comme nous l'avons vu au § 1<sup>er</sup>. Les réflexions reprises à ce propos sur la nécessité pour le tiers de pouvoir appuyer sa revendication sur un intérêt légitime prépondérant défini *a priori* par la loi ou apprécié en fonction du traitement *a posteriori* trouvent une exception en matière de traitements fondés sur la liberté d'expression. L'article 9 de la directive européenne 95/46 déjà citée affirme à cet égard que « Les États membres prévoient, pour le traitement de données à caractère personnel effectué aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique et littéraire, des exemptions et dérogations [...] dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ». Comment régler le conflit entre la vie privée-autonomie d'un individu et la liberté d'expression d'un tiers qui se traduirait par l'utilisation de données à caractère personnel de l'individu dont on entend assurer la protection ?

La loi belge en son article 3 § 3 a prévu pour ce faire la non-application des droits subjectifs de la personne concernée, tels les droits à l'information préalable, le droit d'accès et le droit de rectification et certains allègements quant aux obligations du responsable. Cela suffit-il au moment où les blogs et de manière générale les sites web constituent autant de manifestations de la liberté d'expression et peuvent contenir des données à caractère personnel relatives à autrui ? Peut-on reprocher – c'est l'hypothèse de l'affaire *Linqvist* jugée récemment par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>56</sup> – à une paroissienne zélée de reprendre sur le site qu'elle a développé elle-même des données relatives à d'autres paroissiens tout aussi dévoués à la cause paroissiale ? Autre interrogation : comment concilier le droit d'accès aux documents administratifs<sup>57</sup>, considéré selon par le Conseil de l'Europe comme condition nécessaire à la liberté d'expression, d'une part et à la protection des données, d'autre part<sup>58</sup> ? Sans doute, l'équilibre entre deux libertés aussi fondamentales reste à trouver mais indiscutablement il doit aller au-delà de la simple non-application des droits subjectifs<sup>59</sup> sous peine de brider de manière disproportionnée l'expression libre d'autrui.

<sup>56</sup> C.J.C.E., 6 novembre 2003, publié in *R.T.D.I.*, 2004, p. 67 et s. avec note de C. DE TERWANGNE.

<sup>57</sup> Droit consacré par l'article 32 de la Constitution.

<sup>58</sup> Sur cet équilibre, lire C. DE TERWANGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, Thèse, Namur, 2000, en particulier n° 587 et s.

<sup>59</sup> La solution belge est à cet égard plus favorable à la protection des données que celle plus équilibrée proposée par de nombreux autres pays de l'Union européenne. Sur ce point, Commission européenne, *Premier rapport sur la mise en œuvre de la directive relative à la protection des données (95/46)*, COM(2003) 265 final, annexe technique « *Analysis and Impact Study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States* », p. 17.

### Conclusions

21. Qu'apporte la présente réflexion à la distinction entre droits subjectifs, libertés et intérêts, mise en évidence par la thèse de Léonard ? Le propos tenu espère avoir montré combien la distinction entre les trois concepts peut être utile à la compréhension du régime juridique de la protection des données. Enraciné dans la protection d'une liberté, celle de la vie privée, conçue non plus de manière frileuse mais au contraire comme « la » liberté individuelle, celle de s'autodéterminer, liberté qui conditionne l'ensemble des autres libertés et droits fondamentaux comme la propriété, ce régime juridique affirme la nécessité de limiter les prérogatives des responsables de traitements de données à caractère personnel, que celles-ci soient fondées sur la liberté d'entreprendre, d'association, d'expression ou sur l'intérêt général. Par ailleurs, il crée des droits subjectifs nouveaux pour la personne concernée afin de garantir ce droit de chacun à l'autodétermination.

Sans doute, l'apport de l'étude du régime juridique mis en place par les lois de protection des données réside ailleurs : il importait de montrer les liens qu'entretiennent les trois concepts et le rôle central que joue l'« intérêt » à chaque niveau. L'intérêt croissant de l'individu à voir protéger ses libertés dans une société devenue de l'information exigeait que l'ordre juridique élargisse la dimension de la liberté à laquelle renvoie le concept de vie privée et précise sa signification face à la montée des traitements de l'information voire entoure de droits subjectifs la protection d'une liberté. Le conflit entre la liberté individuelle et celles qui président à la création, l'utilisation ou la transmission de données à caractère personnel requiert pour sa solution une attention aux intérêts qui portent les secondes et dont seuls certains peuvent légitimer le traitement des données à caractère personnel, réservant en définitive à la société et à ses juges, le soin de mettre en balance les intérêts de la personne concernée et ceux d'autrui. Les droits subjectifs nouveaux accordés par le régime de protection des données eux-mêmes se trouvent circonscrits chaque fois que leur exercice rencontre un intérêt public ou privé légitime supérieur à celui qui préside à la protection dont il assure l'effectivité.

Cette approche par l'intérêt interdit de figer le « droit de la protection des données », il exige au contraire une attention continue, d'une part, aux situations concrètes dans lesquelles se vivent ces intérêts à mettre en balance<sup>60</sup> et, d'autre part, à l'impact des technologies nouvelles sur nos

<sup>60</sup> « Still, with "privacy" these balancing tests seem to take on a different quality: By relating to information, and because of the importance of context for information, "privacy" seems to have to prove itself again and again in every new context of information usage. With these balances "privacy" seems to become the most relative of all "fundamental" rights. "Privacy" – as POULLET will point out by quoting from his colleague de SCHUTTER – cannot be defined in advance. It is – one is tempted to add – an eternal contextual right, as contextual as information itself » (H. BURKERT, « Dualities of Privacy – An Introduction to "Personal Data Protection and Fundamental Rights" », in *Visions of Privacy*, M.V. PEREZ and R. PALAZZI (éds), Bruylant, 2006, à paraître).

comportements et surtout sur la modification constante des rapports de pouvoirs entre ceux qui savent, les responsables de traitements et ceux qui de plus en plus ignorent, les personnes concernées. Que pèse encore l'intérêt à la confidentialité quand la technologie arme efficacement et légitimement, à en croire nos dirigeants au lendemain d'attentats, le bras de ceux qui servent l'intérêt général? Que pèse l'intérêt à la confidentialité lorsque les entreprises de la toile vous vantent chaque jour les services nouveaux que la technologie offrent à chacun d'entre nous, conducteur, consommateur, voyageur, employé, chercheur ou simplement citoyen?

*«Des intégristes de l'informatique se demandent de quel droit on s'autoriserait à gêner leurs jeux au nom de cette valeur petite-bourgeoise qui n'est finalement que "le droit de faire des saletés sans qu'on le sache". Les technocrates n'aiment pas qu'on entrave leur liberté ludique par des verrous éthiques.*

*Encore si la transparence informatique apportait cette collectivisation du savoir dont parlent les prospectus, on ferait son deuil sans regret de la discrétion répudiée. Mais la "barrière numérique" engendre sa propre opacité et, à supposer même que le cyberspace devienne accessible, la surabondance d'une information non hiérarchisée risque d'être un autre facteur d'opacité: on perd les avantages de la confidentialité sans gagner, en échange, une réelle transparence.*

*Ne faudrait-il pas travailler alors, à une REVALORISATION DE LA VIE PRIVÉE?»*

(P. MARTENS, «La société a-t-elle envie du secret?», in *Le secret professionnel*, D. KIGANAHE et Y. POULLET (éd.), La Charte, Coll. Droit en mouvement, 2001, p. 275).

Merci, Paul, de nous l'avoir rappelé.